

UN CONFRONTO ITALO/SPAGNOLO SULLE “QUESTIONI DI INIZIO VITA”: ipotesi di contaminazione tra modelli di regolamentazione giuridica (*)

Comparison italo/spanish on the theme of “beginning life”:
hypothesis of contamination among models of legal regulation

Lorenzo Chieffi (**)

RIASSUNTO: L'intento perseguito dal lavoro è stato quello di mettere a confronto le esperienze di due Paesi, l'Italia e la Spagna, attraverso l'analisi delle rispettive leggi adottate per disciplinare la “questioni di inizio vita”, relative alla adozione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di svolgimento della interruzione volontaria della gravidanza. La reciproca assimilazione di modelli ordinamentali elaborati all'interno dei territori interessati, come in una sorta di *gioco degli specchi*, è stata certamente favorita da una comunanza di radici culturali sviluppatasi nel corso dei secoli. Se per un verso, tale contaminazione è dimostrata dal progressivo avvicinamento da parte dello Stato iberico alla regolamentazione *gradualista* introdotta in Italia dalla legge n. 194 del 1978, per disciplinare la procedura per l'interruzione volontaria della gravidanza, in direzione speculare ha fatto infatti da contrappunto l'assimilazione, da parte di quest'ultimo Paese, della disciplina spagnola, contenuta nella legge n. 35/1988, sulle tecniche per la riproduzione umana assistita, poi riformata dalla successiva legge organica 14/2006. L'affermazione dei principi costituzionali realizzati da queste riforme normative dovranno rappresentare un insuperabile limite contro i possibili tentativi di reintrodurre impostazioni autoritarie e paternalistiche del rapporto terapeutico, che si ritenevano ormai superate.

PAROLE CHIAVE: diritto costituzionale comparato; aborto; procreazione assistita; autodeterminazione; diritto alla salute.

ABSTRACT: The aim pursued by our research has been to compare the experiences of two Countries such as Italy and Spain, through the analysis of the respective laws used to discipline the matters regarding “beginning of life” in relation to the adoption of the procreation techniques assisted by doctors when requested the carrying out of the voluntary interruption of pregnancy. The mutual assimilation of ordinance models inside the interested territories, similar to a sort of mirror joke, has certainly been encouraged by the common cultural roots developed during the centuries. Such a contamination can be demonstrated by the progressive Spanish approach towards the gradualist Italian regulation introduced by the law n°. 194/1978, to discipline the procedure regarding the voluntary interruption of pregnancy, in the same direction our country has proceeded by assimilating the Spanish regulation contained inside the law n°. 35/1988, concerning the techniques used for the assisted human reproduction, actually reformed into the following organic law n°. 14/2006. The affirmation of the constitutional principles realized by this legal reform must represent an unreachable limit against the possible attempts to reintroduce authoritarian and paternalistic formulations of the therapeutic relation that have been considered outmoded.

KEY WORDS: comparative constitutional law; abortion; assisted reproduction; self-determination; right to health.

Sommario: 1. Premessa 2. Il modello spagnolo di regolamentazione delle tecniche di fecondazione assistita 3. Il modello italiano di interruzione volontaria della gravidanza 4. Conclusioni: politiche preventive e promozionali per la diffusione di una cultura *pro life*.

(*) Introduzione al volume curato da L. Chieffi e da J. R. Salcedo Hernández, *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis, Milano, in corso di stampa presso la casa editrice Mimesis di Milano.

(**) Lorenzo Chieffi, professore ordinario di Diritto Pubblico Generale e di Diritto Costituzionale avanzato presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli; Direttore del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli.

1.

Le comuni radici culturali, consentite dalle svariate occasioni di contaminazione intervenute nel corso dei secoli tra la comunità italiana e quella spagnola, hanno certamente agevolato la reciproca assimilazione di modelli ordinamentali elaborati all'interno dei territori interessati, come in una sorta di *gioco degli specchi*, che ha consentito a ciascuna di riflettersi nelle esperienze vissute dall'altra.

E così, ad esempio, con riguardo ai temi in questa sede affrontati, ad un progressivo avvicinamento da parte dello Stato iberico ¹, emancipatosi dalla dittatura franchista, alla regolamentazione *gradualista* introdotta in Italia dalla legge n. 194 del 1978, per disciplinare la procedura per l'interruzione volontaria della gravidanza, ha fatto da contrappunto, in direzione speculare, l'assimilazione, da parte di quest'ultimo Paese, della disciplina spagnola, contenuta nella Ley n. 35 del 1988, *sobre técnica de reproducción humana asistida*, poi riformata dalla successiva Ley Orgánica 14/2006.

La compenetrazione tra i rispettivi sistemi normativi, introdotti per disciplinare le problematiche sulla riproduzione umana, pure agevolata dall'indiscutibile affinità dei cataloghi assiologici contenuti negli orditi costituzionali di riferimento, costituisce pure il risultato di un fecondo dialogo della cultura giuridica rappresentata all'interno dei due Paesi, anche di matrice giurisprudenziale, di cui hanno poi fatto tesoro i propri organi legislativi.

2.

Le numerose relazioni dedicate alla pratica della fecondazione assistita dimostrano la riduzione della distanza tra i due Paesi presi in esame, soprattutto a seguito dell'avvicinamento della normativa vigente in Italia² alla disciplina già immessa nel 1988 dalla Ley n. 35 e alle sue successive modifiche e integrazioni³.

Ad una regolamentazione, certamente più permissiva e liberale, introdotta da questo Paese iberico, aperta alla fecondazione omologa ed eterologa, a favore di una molteplicità di destinatari ⁴, e anche all'uso degli embrioni soprannumerari ⁵, ha fatto invece da contrappunto, almeno in una prima fase, una legislazione italiana, adottata con grande ritardo, particolarmente restrittiva e, soprattutto, in grado di comprimere il diritto di autodeterminazione della donna, considerata in modo indifferenziato ⁶, oltre che l'autonomia di decisione scientifica del medico curante.

A fronte di una scarsa attenzione dedicata dal legislatore italiano alle opportunità pure consentite alle coppie dalla medicina della riproduzione, variamente impedita a soddisfare il desiderio di genitorialità, indiscutibile è stato, in direzione contraria, l'impegno delle *Cortes Generales* a regolamentare questa pratica medica, coerentemente ai nuovi spazi di libertà concessi dalle amministrazioni socialiste, presiedute da Felipe González Márquez (dal 2 dicembre 1982 al 5 maggio 1996), in una prima fase, e da José Luis Zapatero (dal 17 aprile 2004 al dicembre 2011), in seguito.

¹ Grazie alla riforma del 1985, introdotta dal governo presieduto da **Felipe González**, che aveva provveduto a depenalizzare l'aborto, cui ha fatto poi seguito la **Ley Orgánica** n. 2 del 3 marzo 2010, varata dal governo socialista di José Luis Zapatero.

² A seguito degli interventi censori, al contenuto della legge n. 40 del 2004, compiuti dal giudice costituzionale nel 2009 (sent. 8 maggio 2009, n. 151) e nel 2014 (sent. 10 giugno 2014, n. 162). Le sentenze della Corte Costituzionale riportate nel corso del lavoro sono state tratte dal sito internet www.giurcost.org.

³ Apportate dalla Ley 45/2003, che autorizzava l'uso «*con fines de investigación*» degli embrioni crioconservati eccedentari, oltre a fissare un limite massimo di tre ovociti da fecondare «*que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores*», cui ha poi fatto seguito la Ley 14/2006.

⁴ Dalle coppie unite in matrimonio o anche di fatto, alle donne *single*, pure a seguito della morte del partner.

⁵ Per la loro adozione, a favore di coppie diverse da quelle a cui appartengono, o il loro impiego a fini sperimentali per consentire la cura di gravi malattie genetiche.

⁶ Indipendentemente, cioè, dalle proprie caratteristiche fisiologiche che avrebbero dovuto consentire una maggiore autonomia di azione al medico curante, in modo da differenziare il trattamento sanitario da adottare.

Sull'abbrivio offerto dalla Costituzione del 1978, intensa è stata infatti in questo Paese la evidente spinta libertaria che ha condotto ad una progressiva «modernizzazione dei diritti civili» accanto al riconoscimento della «centralità politica al concetto di cittadinanza»⁷, così da indurre taluni ad enfatizzare gli aspetti qualificanti di questa significativa prassi riformatrice assimilandola ad una sorta di «lezione spagnola»⁸.

Nel corso di pochi anni, sotto la presidenza Zapatero, molteplici furono infatti le riforme introdotte in Spagna dirette, ad esempio, a ridurre le persistenti differenze di genere in vari settori della vita sociale (Ley orgánica 3/2007⁹), ad agevolare le unioni omosessuali (Ley 13/2005), a regolamentare il divorzio breve (Ley 15/2005), a semplificare la procedura per la modifica della identità sessuale (Ley orgánica n. 3 del 15 marzo 2007), a disciplinare, per quel che ci interessa in questa sede, l'accesso alla procreazione assistita (Ley 14/2006) o alla pratica della interruzione volontaria della gravidanza (Ley Orgánica 2/2010¹⁰, che introduceva modifiche alla precedente Ley Orgánica 9/1985¹¹).

Lo straordinario impegno profuso nel Paese iberico per l'affermazione dei diritti civili ha inesorabilmente rappresentato, indipendentemente dalle soluzioni prospettate, un importante punto di riferimento per quegli Stati, come il nostro, nei quali da tempo si discuteva, senza costrutto, intorno all'introduzione di analoghe innovazioni garantistiche.

Nonostante gli indiscutibili progressi compiuti in questo campo d'intervento dall'Italia, in stagioni caratterizzate da un maggiore impegno civile, a cominciare da quella trascorsa a cavallo tra gli anni '70 e '80¹², continuava invece a persistere, intorno alle nuove opportunità offerte dalla medicina della riproduzione, un'inaccettabile disattenzione da parte del nostro organo della rappresentanza politica incapace di assecondare, per una serie di ragioni, le numerose aspettative provenienti dal corpo sociale. Ai ritardi e alle difficoltà incontrate dalle Assemblee legislative per consentire un agevole accesso alle tecniche di fecondazione assistita, e soddisfare il bisogno di genitorialità della coppia, si dovrebbe pure aggiungere la loro incapacità di affrontare le questioni di fine vita, di regolamentare le unioni tra individui dello stesso sesso, coerentemente agli spazi interpretativi consentiti dal nostro disposto costituzionale con riguardo alla promozione del diritto di autodeterminazione dell'individuo e alla stessa opportunità di accesso ad altri tipi di formazione sociale, fondati su una relazione meramente affettiva.

Ad un'incipiente crisi dei tradizionali strumenti della rappresentanza politica, a cominciare dai partiti politici, incapaci di appagare le numerose attese manifestate dal *démos*¹³, non potrebbero essere neppure

⁷ K. CALVO, *Qualità della democrazia, diritti civili e riforma politica*, in A. BOSCO, I. SÁNCHEZ-CUENCA (a cura di), *La Spagna di Zapatero*, Bologna, 2009, 169. Risale al 2002 (Ley 41/2002) la legge che si propone di valorizzare la volontà in precedenza manifestata dal malato terminale attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento (art. 11, la cui rubrica è riferita alle *Instrucciones previas*).

⁸ E' questo il titolo italiano (*La lezione spagnola. Società civile, politica e legalità*, tr. it., Bologna, 2003) attribuito alla traduzione del noto saggio di V. PEREZ-DIAZ, *Spain at the Crossroads. Civil Society, Politics, and the Rule of Law*, Harvard, 1999.

⁹ Questa legge, del 22 marzo 2007, si proponeva di realizzare una «igualdad efectiva de mujeres y hombres». Altre leggi di rilievo sono la Ley n. 30 del 13 ottobre 2003, *sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno* e la Ley Orgánica n. 1 del 28 dicembre 2004, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

¹⁰ Ley Orgánica n. 2 del 3 marzo 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹¹ Si deve alla Ley Orgánica 9/1985 la depenalizzazione dell'aborto grazie all'immissione nel Codice Penal dell'art. 417 bis.

¹² Che aveva visto, in rapida successione, l'approvazione della legge sulla interruzione volontaria della gravidanza (n. 194 del 1978), sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori (n. 180 del 1978), sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (n. 833 del 1978), tutte accomunate dal desiderio di valorizzare l'autonomia dell'individuo in ogni fase della relazione terapeutica.

¹³ Ad eccezione del PD, il cui programma elettorale, presentato in occasione delle elezioni del 24 e 25 febbraio 2013, auspicava il superamento degli «aspetti giuridicamente insostenibili» della legge 40, pur nel rispetto del «principio della cautela e della laicità del diritto», evitando «i guasti di un pericoloso bipolarismo etico», nessuna altra piattaforma elettorale (sia del PDL, che del M5S o di Scelta civica), e tanto meno le dichiarazioni programmatiche presentate dai Governi succedutisi negli ultimi anni (siano essi tecnici, che delle *grandi intese*), hanno dedicato sufficiente spazio alla riforma della legge n. 40 e, più in generale, ai

trascurati i guasti prodotti da una progressiva deriva maggioritaria del sistema elettorale, causa di una sorta di «bipolarismo coattivo», che, nel sacrificare le ali dello schieramento politico (tanto a destra che a sinistra), non avrebbe offerto, secondo una suggestiva interpretazione, «rappresentanza e voce alle posizioni più lontane», con l'effetto di determinare il trionfo del «moderatismo (...) terreno di coltura per il conformismo», sordo al «nuovo» a discapito della «crescita di libertà e diritti»¹⁴. Con riguardo alla specifica contingenza politica italiana, l'inerzia mostrata dal legislatore ad affrontare le questioni poste, nella contemporaneità, dai progressi della scienza biomedica, è stata pure aggravata dalla successione di governi (siano essi tecnici che politici) di *coalizione* ovvero delle *grandi intese* dimostratisi, per ragioni di opportunità e convenienza politica¹⁵, poco attenti ad intervenire su problematiche eticamente sensibili, pure coinvolgenti il tema dei diritti fondamentali.

Di fronte ad una crescente pretesa dei diretti interessati di autodeterminare alcune fasi della propria esistenza, non soddisfatta da una politica incapace di offrire soluzioni ragionevoli, ha fatto, inesorabilmente, da contrappunto in Italia un precipuo attivismo giurisprudenziale che, attraverso la diretta applicazione dei principi costituzionali, si è sforzato di ricercare la regola da applicare al caso di specie, in presenza dell'inderogabile divieto di *non liquet*.

In particolare, pure a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU¹⁶, si deve ad una significativa giurisprudenza costituzionale, un'attiva, anche se in taluni frangenti ondivaga¹⁷, opera di conformazione al dettato costituzionale della legge n. 40¹⁸ e della stessa disciplina legislativa sul matrimonio, in presenza del cambiamento del sesso di uno dei due coniugi¹⁹, che ha dato spazio a possibili forme di convivenza alternative a quella tradizionalmente desunta dall'art. 29 Cost.

Con riguardo alla PMA, l'intento della Consulta è stato quello di espungere dall'ordinamento, sull'esempio di quanto già consentito in Spagna, l'assurda pretesa del legislatore di introdurre norme generali ed astratte per regolamentare ogni fase di una relazione terapeutica, assai variabile, in considerazione delle peculiarità fisiologiche della donna, e soprattutto di difficile traduzione in una disposizione giuridica.

temi eticamente sensibili, come potrebbero essere quelli relativi alla condizione del morente o delle coppie omosessuali, in grado comunque di incidere sui diritti dell'individuo, sulla carne viva della sua esistenza.

¹⁴ M. VILLONE, Il governo sta a guardare, in *Il Manifesto* del 9 aprile 2014.

¹⁵ Pure influenzata da una presunta *non negoziabilità*, da taluni pretesa, dei valori che sarebbero stati coinvolti. Qualche apertura a favore di un «serio e fecondo incontro» tra posizioni eticamente distanti che consenta «di crescere nella comprensione e nel rispetto» reciproco, abbandonando la pretesa da parte della Chiesa di voler imporre allo Stato, e alla legge, una «verità indiscutibile», non negoziabile, e una «visione» unilaterale del «bene comune», è contenuta nelle molteplici dichiarazioni effettuate da Papa Francesco a giudizio del quale la «verità è una relazione» (PAPA FRANCESCO, in PAPA FRANCESCO – E. SCALFARI, *Dialogo tra credenti e non credenti*, Roma, 2013, 36-42). Ne discende, di conseguenza, una maggiore apertura di questo Pontefice, rispetto allo scetticismo mostrato dai suoi predecessori, per i benefici che potranno essere apportati dai progressi della scienza, di cui dovrà essere incoraggiata l'autonomia (J. BERGOGLIO, *Sulla scienza*, in J. BERGOGLIO – A. SKOKA, *Il cielo e la terra*, a cura di D.F. ROSERNBERG, tr. it., Roma, 2013, 116), pur nel rispetto dei limiti imposti dalla salvaguardia dei beni personalistici.

¹⁶ Peraltro richiamata dalla recente sent. della Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁷ Che l'avevano condotta, ricorrendo a pronunce di inammissibilità o a restituzioni degli atti, per consentire un riesame della rilevanza da parte del giudice remittente, a «decidere di non decidere» [A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, 17 novembre 2006, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/1141.pdf]. Le motivazioni alla base di questa giurisprudenza della Corte riguardavano la presenza di difetti nell'ordinanza di remissione trasmessa dal giudice *a quo*, accusato (ord. n. 369 del 9 novembre 2006) di essere caduto in contraddizione, per aver omesso di impugnare le disposizioni tra di loro collegate da sottoporre al sindacato di costituzionalità, ovvero di non aver potuto valutare la giurisprudenza della Grande Camera della Corte EDU, in materia di fecondazione eterologa, sopraggiunta a seguito dell'ordinanza di remissione e, perciò, affatto considerata dai giudici *a quibus* (ord. n. 150 del 22 maggio 2012).

¹⁸ Grazie alle sentt. 8 maggio 2009, n. 151 e 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁹ Corte Cost. sent. n. 170 dell'11 giugno 2014.

La progressiva caducazione di parti significative della legge n. 40 è stata perciò realizzata a causa del grave pregiudizio che ne sarebbe derivato, dalla loro applicazione, per alcuni diritti fondamentali di indiscutibile valenza costituzionale, a cominciare dal diritto alla salute psico/fisica della gestante ²⁰, al diritto di autodeterminazione della coppia ²¹, al diritto di quest'ultima di non subire ingiustificate discriminazioni legate alla propria condizione economica.

Attraverso il ricorso alla tecnica del *balancing test*, questa importante apertura alle aspettative di genitorialità, non dovrà tuttavia provocare pregiudizio, nell'intento dello stesso giudice costituzionale, ai diritti del nascituro, a cominciare dal riconoscimento di uno stabile *status* familiare, alla possibilità di risalire, in caso di fecondazione eterologa, alle proprie origini genetiche. Il coinvolgimento, negli svolgimenti della pratica di fecondazione assistita, di una molteplicità di *interessi*, di indiscutibile rilievo costituzionale, dovrà pertanto assicurare una ragionevole coesistenza tra gli stessi, così da assicurare «un livello minimo di tutela legislativa» ²².

Tra i compiti del legislatore, che dovrebbe impegnarsi a integrare, quando non a rivedere, la regolamentazione di questa pratica medica²³, rientra – nell'intento della Consulta – l'individuazione di un «ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze» ²⁴, pure nel rispetto di quei limiti, volti a porre un argine all'esercizio della discrezionalità politica, legati al «merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza» ²⁵. Nel conformarsi al rispetto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati» ²⁶, la decisione sulla cura da intraprendere dovrà perciò ricadere nella «autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sent. 151/2009) ²⁷.

Senza affatto pretendere di disciplinare ogni fase della relazione terapeutica, assai mutevole, in relazione alla rapida evoluzione delle terapie applicate dalla scienza della riproduzione, e strettamente legate alle caratteristiche fisiche della paziente, compito del legislatore dovrebbe allora essere quello di fissare alcune regole di fondo ²⁸, ricorrendo ad una formulazione particolarmente duttile della disposizione giuridica, assai distante dalle tecniche di scrittura cui era invece ricorsa – e pure con grande ritardo rispetto alla Spagna – la legge del 2004.

In questa direzione la Ley spagnola 14/2006, nel rimettere agli organi tecnici (e al dinamismo del *soft law*) il compito di adattare la normativa vigente alla mutevolezza del dato scientifico, appare certamente un modello da utilizzare, soprattutto nella parte in cui, in modo certamente più appropriato, si è sforzata di evitare ingiustificate invasioni, da parte della norma giuridica, della autonomia scientifica degli operatori sanitari, gli

²⁰ Per il pericolo di «insorgenza di patologie» collegate alla iperstimolazione ovarica, cui sarebbe stata costretta dall'impianto di non più di tre embrioni, per le conseguenze di possibili «gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto» (Corte Cost. sent. 8 maggio 2009, n. 151), per gli effetti del possibile ricorso ad una IVG, come consentita dalla legge n. 194 del 1978, in presenza del divieto di procedere alla selezione preimpianto degli embrioni affetti da gravi patologie.

²¹ Impedita, prima della sent. n. 10 giugno 2014, n. 162, a ricorrere alla fecondazione eterologa.

²² Corte Cost. sent. 28 gennaio 2005, n. 45, richiamata nella sent. n. 10 giugno 2014, n. 162.

²³ Al fine di porre rimedio agli effetti prodotti dalle sentenze di accoglimento del giudice costituzionale che non potrebbero neppure essere rimediati «mediante l'impiego degli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione qualora ciò sia ammissibile» (Corte Cost. sent. n. 10 giugno 2014, n. 162).

²⁴ Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

²⁵ Corte Cost. sent. 12 gennaio 2011, n. 8.

²⁶ Corte Cost. sent. 12 gennaio 2011, n. 8.

²⁷ Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

²⁸ Relativamente allo *status* del nascituro, ai diritti dello stesso di risalire alle proprie origini genetiche, all'età dei coniugi e del donatore del seme, alle caratteristiche delle strutture pubbliche o private autorizzate ad eseguire la pratica, al necessario sostegno finanziario dello Stato per agevolare l'accesso alla fecondazione assistita, ecc.

unici in grado di adattare la tecnica da applicare alla fattispecie concreta, ovviamente dopo aver raccolto il consenso della donna.

Nonostante le opportunità oggi offerte a seguito degli interventi del giudice costituzionale, continuano tuttavia a permanere in Italia, rispetto al modello spagnolo, alcune incomprensibili lacune che riguardano: la sorte degli embrioni soprannumerari abbandonati dalla coppia cui (geneticamente) appartengono, non essendo prevista una loro eventuale cessione per adozione o anche impiego, attraverso il prelievo di cellule staminali, per la cura sperimentale di gravi patologie degenerative; l'opportunità di allargare la fecondazione eterologa alle coppie fertili, in quanto portatrici di malattie genetiche, ovvero a donne *single*.

3.

In direzione contraria ed opposta alla esperienza sulla fecondazione assistita, la regolamentazione della interruzione volontaria della gravidanza ha invece visto il progressivo avvicinamento della legislazione spagnola, attraverso la Ley 9/1985²⁹, a quella italiana del 1978, in precedenza varata nel corso di una felice contingenza politica.

Nonostante le persistenti difficoltà a realizzare, nelle concrete prassi, gli obiettivi delineati in entrambi i Paesi dalla legislazione vigente³⁰, indiscutibile è stata la progressiva riduzione della percentuale di decessi di donne³¹, costrette in passato a ricorrere, a causa di una accentuata penalizzazione della pratica abortiva, a interventi clandestini. La opportunità offerta alle interessate di decidere, ricorrendone i presupposti, l'interruzione volontaria della gravidanza ha inciso poi sulle stesse motivazioni, causa di inaccettabili forme di discriminazione, che inducevano al cd. *turismo abortivo*, in considerazione delle loro differenti disponibilità economiche.

Senza affatto perdere di vista la necessità di diffondere una cultura favorevole alla procreazione, in Paesi, come quelli qui considerati, che si caratterizzano per insufficienti indici di natalità, il dibattito, pure alimentato da una significativa giurisprudenza, si è prevalentemente impegnato a descrivere, alla luce dei disposti costituzionali coinvolti, gli spazi di autonomia consentiti alla donna per soddisfare il bisogno di maternità responsabile.

In tale prospettiva, a riprova della libertà della donna di assumere questa decisione, sono le stesse prassi giurisprudenziali, pure considerate nelle relazioni che seguono, giunte a riconoscere alla stessa un diritto al risarcimento in presenza di un comportamento del medico curante che non la ponga, attraverso il trasferimento di un'adeguata informazione, nelle condizioni di manifestare una scelta consapevole sulla prosecuzione responsabile della gravidanza³².

Pertanto, ad ulteriore conferma di questo indirizzo proiettato a valorizzare in Italia l'autodeterminazione della gestante, è proprio una recente pronuncia della Suprema Corte che, nell'intento di enfatizzare la gravità delle conseguenze dell'errore medico³³, ha pure riconosciuto, in aggiunta al consueto risarcimento della donna³⁴, adeguato ristoro al nato malformato³⁵, in considerazione della «omissione colpevole cui consegue (...) la sua

²⁹ In seguito modificata dalla Ley Orgánica 2/2010.

³⁰ A causa di taluni impedimenti legati ad una insoddisfacente assistenza della donna interessata, da parte della rete consultoriale disponibile, ad un esercizio diffuso del diritto all'obiezione di coscienza da parte degli operatori sanitari e alla eccessiva proceduralizzazione delle modalità di prescrizione della pillola contraccettiva d'urgenza (del giorno dopo o di cinque giorni dopo) ovvero abortiva (RU-486).

³¹ Come è possibile evincere dai dati forniti dalla Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78), Roma, 15 ottobre 2014, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2226_allegato.pdf.

³² Cfr. Cass., Sez. III civ., sent. 20 ottobre 2005, n. 20320, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10024>; Cass., Sez. III civ., sent. 14 luglio 2006, n. 16123, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34580>. A conferma di questo orientamento è anche la più recente Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, reperibile all'indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=19429>.

³³ Per l'inadeguata esecuzione delle indagini predittive realizzate: *Tritest*, anziché l'amniocentesi.

³⁴ Per le conseguenze provocate da una nascita indesiderata (*wrongfull birth*).

³⁵ Oltre che, in considerazione degli effetti prodotti all'interno della famiglia (a cagione della perdita di

stessa esistenza diversamente abile»³⁶. Pur non pervenendo affatto a considerare questa nascita come un disvalore, l'intento del giudice della legittimità è stato invero principalmente quello di assicurare al soggetto portatore di una «condizione di disagio (...) il dovuto importo risarcitorio», per essere stato costretto dall'imperizia medica a «vivere una vita disagiata».

Lungi dal mettere in discussione le opportunità oggi consentite all'unica protagonista della decisione, che siano ovviamente rispettose dei limiti imposti dalla legge a tutela della vita nascente, l'approfondimento realizzato in questa sede intende opportunamente orientarsi alla verifica della conformità a Costituzione dei possibili impedimenti, al legittimo esercizio di questa scelta abortiva. Tali ostacoli potrebbero, invero, derivare da un differente bilanciamento, da taluni pretesi, dei valori coinvolti, quando non da motivazioni meramente organizzative che non garantiscono, all'interno dei presidi sanitari abilitati, la presenza di un numero sufficiente di medici non obiettori disposti a realizzare l'intervento richiesto.

Accanto all'analisi delle ragioni che hanno tuttavia frenato, nelle concrete prassi, la piena applicazione della legislazione vigente nei due Paesi, meritevole di opportuno approfondimento è stato anche il tentativo, per ora fallito, compiuto in Spagna dal governo presieduto da Mariano Rajoy Brey³⁷, di introdurre una riforma della Ley Orgánica 2/2010³⁸ al fine di proteggere «la vita del concepito» considerata «un bene giuridico» garantito dalla Costituzione cui dovrebbe essere assicurata una «protezione effettiva» dalla legge³⁹. Attraverso l'introduzione di una regolamentazione giuridica che si proponeva di ridurre gli spazi, oggi consentiti alla donna, per accedere all'IVG, si perveniva ad una sorta di *decostituzionalizzazione* delle conquiste assiologiche che si sarebbero dovute oramai ritenere acquisite nelle concrete prassi interpretative.

Il riconoscimento di una sostanziale soggettivazione del nascituro, avrebbe infatti inesorabilmente condotto ad una svalutazione dei diritti di autodeterminazione della donna, con l'effetto di privarla del proprio *habeas corpus*⁴⁰, distante dagli spazi di garanzia conosciuti per il passato.

Per realizzare questo obiettivo il progetto di riforma, sostenuto dal Partito popolare durante la campagna elettorale e successivamente dallo stesso Governo Rajoy, si proponeva perciò di rivedere l'impianto gradualista, basato sui *termini*⁴¹, attraverso la previsione dell'obbligo, per la donna intenzionata ad abortire, di consultare preliminarmente due medici specialisti, esperti della patologia che si riteneva potesse causare grave pericolo per la sua vita e la sua salute. L'interruzione della gravidanza sarebbe stata, perciò, giustificata soltanto dalla presenza di condizioni di salute dell'interessata o dello stesso feto giudicate incompatibili, alla luce di una certificazione rilasciata da questi operatori sanitari.

L'inversione di rotta realizzata dalla riforma, intenzionata a restringere drasticamente gli spazi in precedenza consentiti dalla Ley Orgánica 2/2010, veniva perseguita anche attraverso la precipua delimitazione

«serenità e distensione»), ai suoi più stretti parenti (fratelli, sorelle) che «rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta» (Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, *cit.*).

³⁶ Per la Cass., Sez. III civ., sent. 2 ottobre 2012 n. 16754, *cit.*, la legittimazione del minore «discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre, in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso».

³⁷ Per iniziativa del Ministro della Giustizia, Alberto Ruiz-Gallardo, convinto difensore del «diritto alla vita dei non-nati», e successivamente varata dal Consiglio dei Ministri.

³⁸ Tale riforma è contenuta nell'Anteproyecto della Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada approvata dal Consiglio dei Ministri in data 20 dicembre 2013, reperibile in <http://www.mjusticia.gob.es/>.

³⁹ Cfr. Exposición de motivos, che introducono l'Anteproyecto della Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y los Derechos de la embarazada.

⁴⁰ Che confermerebbe, secondo S. MANCINI, Spagna: la riforma dell'aborto e le nostalgie patriarcali (29 marzo 2014), in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0068_mancini.Pdf, la loro riduzione «a mezzo di riproduzione (...), donne come oggetti sessuali, da parte dei media, della pubblicità, della politica».

⁴¹ Che oggi consente alla donna di decidere in merito all'IVG, senza dover giustificare la sua scelta, fino alla 14° settimana di gestazione (art. 14, Ley Orgánica 2/2010), ovvero nelle prime 22 settimane se esiste un grave pericolo per la sua vita e per la sua salute o il rischio di gravi anomalie del feto (art. 15, lett. a e b, Ley Orgánica 2/2010).

delle motivazioni che avrebbero potuto giustificare il ricorso all'aborto: entro le prime 12 settimane, solo in presenza di uno stupro regolarmente denunciato dalla vittima; entro le prime 22 settimane, a seguito dell'accertamento di un «grave pericolo per la vita e la salute fisica e psichica della donna incinta» e, inoltre, all'esito dell'accertamento della presenza di una grave «malformazione, patologia o anomalia del feto incompatibili con la vita».

Nel riportare le lancette della storia ad un periodo che si riteneva ormai trascorso, anche l'aborto delle minori di 18 anni veniva subordinato all'esclusivo «consenso dei genitori», se la gestante non avesse raggiunto i 16 anni, e al consenso dell'interessata, oltre che a quello dei genitori, se di età compresa tra i 16 e i 18 anni. In presenza di un «grave conflitto familiare», il giudice adito avrebbe dato la prevalenza alla volontà dei genitori, nel primo caso, e a quella della minore, nel secondo caso.

Ulteriori limitazioni, rispetto alla normativa vigente, sarebbero pure derivate dal divieto di pubblicizzazione del servizio, da parte delle cliniche autorizzate a eseguire gli aborti, e inoltre dagli ulteriori spazi interdittivi consentiti agli obiettori di coscienza che si sarebbero potuti rifiutare di fornire, se interpellati, qualunque informazione o collaborazione a quante avessero maturato la volontà di interrompere la gravidanza.

Il fallimento di questi propositi riformatori, per la forte protesta manifestata trasversalmente da numerosi esponenti politici – soprattutto di sesso femminile – appartenenti ai partiti della opposizione e della stessa maggioranza, oltre che da gran parte dell'opinione pubblica, ha condotto alle dimissioni del Ministro della Giustizia Ruiz-Gallardón che ha voluto, in questo modo, esprimere il suo dissenso per il ripensamento manifestato da parte del gruppo parlamentare dei popolari che ancora sosteneva l'esecutivo, di cui lo stesso era autorevole componente. Al di là degli esiti negativi del tentativo di revisione della legge attualmente vigente sulla Interruzione volontaria della gravidanza (IVG), l'episodio che si è riportato, provocato dall'iniziativa del maggiore partito di Governo, costituisce ulteriore conferma delle insidie che potrebbero determinarsi, anche all'interno degli stessi apparati dello Stato, per la salvaguardia dei diritti fondamentali, con conseguente sacrificio del nucleo di garanzia che vorrebbe invece ritenersi oramai consolidato, proprio in assenza di diverse e chiare prove di evidenza scientifica. I possibili rigurgiti di stampo illiberale, distanti dai contesti e sviluppi interpretativi del disposto costituzionale, dimostrano cioè l'esigenza di una necessaria vigilanza, da parte dell'opinione pubblica e delle forze politiche che la rappresentano, anche attraverso il filtro della stessa giurisprudenza (costituzionale e di merito), in grado di assicurare la tutela dei diritti civili che non potrebbero giammai ritenersi conquistati in modo definitivo, una volta per tutte, richiedendo, al contrario, una loro continua e assidua manutenzione.

4.

La difesa delle conquiste assiologiche realizzate all'interno di un corpo sociale, grazie al sostegno delle motivazioni storico culturali (che danno linfa alle teorie *originaliste*) e di tipo evolutivo (che consentono un continuo adattamento della norma fondamentale all'incessante evoluzione della società), rappresenta allora un importante baluardo contro i ricorrenti tentativi, riscontrati in entrambi i Paesi, di introdurre riforme assolutamente incuranti dello specifico contesto costituzionale, in grado di ricondurre la relazione terapeutica, in questo particolare settore della nostra indagine, ad impostazioni autoritarie e paternalistiche che si ritenevano ormai superate.

Di fronte a questi tentativi di ritorno ad un passato, ormai trascorso, che hanno indotto taluni ⁴² a rilevare un'evidente *sgrammaticatura* o *analfabetismo* legislativo da parte di quanti pretendano di ragionare, sospinti da suggestioni etiche, come se la Carta Costituzionale non esistesse, l'unica strada da percorrere, per favorire una cultura *pro life*, non potrà allora essere che di tipo *promozionale* e *culturale*. Un intervento preventivo di questo tipo avrebbe infatti l'effetto di incidere sulle reali ragioni, di natura ambientale e sociale, che costringono oggi la coppia, nel caso della procreazione medicalmente assistita (PMA), e la stessa donna, per l'IVG, a rivolgersi ad un operatore sanitario, al fine di appagare il desiderio di genitorialità o per risolvere le questioni (generalmente di origine socio/sanitaria) che le impediscono di portare a termine la gravidanza.

L'approfondimento, da parte dei competenti apparati dello Stato, delle cause fisiologiche, in un caso, o meramente sociali, nell'altro, che sono di ostacolo ad una maturazione di una scelta di vita o che inducono, in

⁴² S. RODOTA', L'agenda dei cittadini in La Repubblica del 25 febbraio 2013. Dello stesso Autore cfr. anche La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Milano, 2006, passim.

senso contrario, a percorrere le strade oggi consentite dalla tecnologia della riproduzione, per realizzare l'auspicata maternità, avrebbe certamente l'effetto di risolvere, a valle, l'esigenza di ricorrere, sulla base di motivazioni così distanti tra di loro, ad un intervento medico.

Nessuna politica ipocritamente proibizionista, che intenda aggravare le procedure di accesso alle prestazioni sanitarie quando non addirittura lo stesso carico penale per comportamenti così intimamente legati all'esistenza di una donna, potrebbe infatti surrogare, per favorire le nascite, quella insostituibile funzione di prevenzione e, allo stesso tempo, di sostegno svolta dallo Stato, l'unica che, per tutte le motivazioni qui approfondite, potrebbe seriamente consentire una consapevole decisione a favore di una maternità responsabile.

Recebido para publicação em 08/10/2015.
Aceito para publicação em 10/12/2015.



Este trabalho foi licenciado sob uma Licença
Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada

Publicação original disponível em:
<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc>